

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Etre ou ne pas être .. autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les a.s.b.l. satellites des institutions communales (obs. sous Cons. Etat, arrêt, n° 87.354 du 17 mai 2000)

De Roy, David

Published in:
Revue de droit communal

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2002, 'Etre ou ne pas être .. autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les a.s.b.l. satellites des institutions communales (obs. sous Cons. Etat, arrêt, n° 87.354 du 17 mai 2000)', *Revue de droit communal*, Numéro 2, p. 200-216.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Etre ou ne pas être... autorité administrative.

Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales?¹

David De Roy
Référéndaire près la Cour de cassation
Chercheur aux F.U.N.D.P. – Namur
(Centre de Recherches Informatique et Droit)

Le phénomène n'est pas récent: nombreuses sont les communes qui – dans la gestion des intérêts dont elles ont la charge – se sont entourées d'A.S.B.L. Le rôle joué dans l'action des pouvoirs publics locaux par ces associations constituées sous une forme de droit privé n'a pas manqué d'éveiller la curiosité et de susciter de nombreuses questions²: la position qu'elles occupent au regard de la *summa divisio* droit public-droit privé n'y est sans doute pas totalement étrangère.

Même si le recours à ces A.S.B.L. apparaît aujourd'hui comme largement banalisé, l'intérêt qu'il peut éveiller n'en est pas pour autant bradé: non seulement, bon nombre des questions qu'il incite à poser n'ont pas encore trouvé de réponses satisfaisantes, mais en outre, les réflexions sur cette problématique doivent être alimentées à la faveur de deux circonstances auxquelles de nombreux observateurs prêtent aujourd'hui une attention particulière. D'une part, on notera un renforcement de la tendance au «décloisonnement» de l'Administration, qui pousse celle-ci à se prolonger (ou à prolonger son action) dans des personnes morales revêtant des formes de droit privé, et dont il y a lieu d'éprouver la perméabilité (ou l'étanchéité) à tout régime du droit public (prérogatives de puissance publique, lois du service public, contrôles administratifs et juridictionnels, ...)³. D'autre part,

cette même tendance est accentuée par la législation relative aux marchés publics, qui, applicable à certaines entités privées, les rapproche des autorités administratives⁴, au point de forcer l'observateur à se demander si le statut des secondes ne doit pas déteindre sur les premières.

Parmi les questions que suscite l'intervention de ces A.S.B.L., figure précisément celle de la qualification d'«autorité administrative» qu'il y a lieu (ou non) de leur reconnaître⁵. L'arrêt *Construction artisanale* rendu par le Conseil d'Etat le 17 mai 2000 nous offre à ce propos l'occasion d'une brève réflexion⁶. Celle-ci aurait certes pu être initiée dans bien d'autres cadres que celui des institutions communales, tant il est vrai que nombreuses sont les sphères de l'Administration autour desquelles gravitent des A.S.B.L.; néanmoins, l'environnement communal constitue un observatoire idéal des techniques et modes de l'action administrative liés à ces A.S.B.L.

Nous interrogeant sur la qualité d'autorité administrative qui pourrait s'attacher aux A.S.B.L., nous nous proposons de rappeler, dans un premier temps, quelques considérations générales relatives à la notion d'«autorité administrative». Ensuite, après avoir décrit brièvement les faits et la procédure qui ont donné lieu à l'arrêt *CONSTRUCTION ARTISANALE*, nous tenterons d'apprécier la portée qui doit être reconnue à cette décision. Il s'agira enfin d'alimenter cet enseignement par deux réflexions qu'il appartiendra au lecteur de rapprocher d'éventuelles questions existentielles ...

LA NOTION D'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE

Nombreuses sont les difficultés liées à cette notion dont le contenu et les limites ont été, dans une large mesure, façonnés par les jurisprudences respectives du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, tandis que le législateur, en attribuant au Conseil d'Etat une compétence d'annulation des actes et règlements des autorités administratives, ne semblait pas vraiment s'être soucié de la signification précise qu'il y avait lieu de lui reconnaître. Il serait évidemment peu raisonnable de prétendre définir en quelques lignes l'autorité administrative. Nous nous bornerons donc à glaner

1. Article achevé le 15 juillet 2001.

2. A titre indicatif, on citera les travaux de P. BLONDIAU, «Les A.S.B.L. communales: quels contrôles?», *Mouv. comm.*, 2000, pp. 476-484; L. DERIDDER, «De publiekrechtelijke V.Z.W. onder de loep genomen», *De V.Z.W. naar huidig en komend recht*, Bruxelles, *Jura Falconis Libri*, 2000, pp. 227-244; P. LEWALLE, «Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs des pouvoirs publics?», *Les A.S.B.L. Evaluation critique d'un succès*, Gand, 1985, pp. 249-300 (Commission Droit et Vie des affaires); *Id.*, «Les A.S.B.L. communales. Organisation, missions et contrôles», *A.P.T.*, 1986, pp. 151-158.

3. Sur ce phénomène que la littérature néerlandophone désigne par le terme *verzelfstanding*, on consultera notamment A. ALEN et W. DEVROE, *Verzelfstanding van bestuursinstellingen in België*, Deventer, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland* –

Preadvies, 1999; J. DUJARDIN, «Verzelfstanding van gemeentediensten als instrument voor een modern management», *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Anvers, 1997, pp. 479-515; P. LEMMENS, «Een klassiek bestuursrechtelijke benadering van het verschijnsel «verzelfstanding» van openbare diensten: naar een nieuw evenwicht tussen autonomie en centrale sturing» ..., pp. 585-624; Ph. QUERTAINMONT, «La concurrence du secteur public aux entreprises privées», *A.P.T.*, 1982, pp. 119 et s. (spéc. pp. 130-131).

4. Notamment à raison de certaines caractéristiques des procédures de passation (formes particulières de publicité, d'information, de motivation, ...).

5. D. DE ROY, «L'application du droit des marchés publics aux A.S.B.L. subventionnées», *J.T.*, 2001, pp. 229-230; P. LEWALLE, «Les a.s.b.l., moyen d'action des pouvoirs des pouvoirs publics?», ..., p. 293.

6. C.E. (VI^e Ch.), n° 87.354, 17 mai 2000, S.P.R.L. *CONSTRUCTION ARTISANALE* c/A.S.B.L. *HAMOM*, INSTITUT MEDICO-PEDAGOGIQUE «L'HEUREUX ABRÏ», publié ci-après p. 235. Cet arrêt a été partiellement publié (avec des extraits du rapport de M. le Premier auditeur B. DEROUAUX) dans *Ent. et dr.*, 2001, p. 152-160.

dans les nombreux ouvrages consacrés à la question, quelques éléments qui nous semblent utiles à l'analyse de l'arrêt CONSTRUCTION ARTISANALE⁷.

S'il est confortable d'appréhender l'autorité administrative comme étant celle qui ne relève ni du pouvoir législatif, ni du pouvoir judiciaire, une telle approche se révèle toutefois insuffisante, dès lors que l'action des pouvoirs publics est appelée à revêtir les formes les plus diverses, parmi lesquelles il ne sera pas nécessairement aisé d'identifier un dénominateur commun⁸.

Il s'est assez rapidement avéré que le Conseil d'Etat ne connaîtrait pas des seuls actes de pouvoirs publics traditionnels (Etat, provinces, communes), mais qu'il accepterait de voir déferées à sa censure les décisions prises par des entités participant à l'action administrative selon des modes de décentralisation fonctionnelle, tout en reflétant, par leur structure, leur mode de fonctionnement ou le contexte de leur création, une certaine coloration privée. A cet égard, la forme de droit privé éventuellement revêtue par l'organisme (société commerciale, A.S.B.L., ...) n'a pas été considérée comme exclusive de la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat⁹.

Quatre critères – mis en œuvre de façon cumulative, voire même simplement alternative – vont déterminer le Conseil d'Etat dans la reconnaissance de certains organismes comme autorités administratives: leur création par les pouvoirs publics, le rôle que ceux-ci peuvent jouer – directement ou sous la forme d'un pouvoir de contrôle – dans le fonctionnement et la gestion de ces entités, le caractère d'intérêt général des missions qui leur sont dévolues et, enfin, le pouvoir de prendre unilatéralement des décisions susceptibles de créer des droits et obligations au bénéfice ou à la charge de tiers, et sans que ceux-ci n'aient exprimé leur consentement. A chacun de ces critères sera reconnue une valeur pondérée selon les circonstances, et l'on s'accorde à reconnaître que le Conseil d'Etat, en privilégiant une approche fonctionnelle (c'est-à-dire basée essentiellement sur les critères de la mission dévolue à l'organisme et des prérogatives qui y sont attachées) a défendu une conception assez large de la notion d'autorité administrative, l'incitant à faire relever de celle-ci des entités à forte connotation privée. Tel est, par exemple, le cas des établissements d'enseignement libre, excentriques au regard des sphères «naturelles» des autorités administratives, mais pourtant fort proches de celles-ci à raison des missions dont ils s'acquittent et des prérogatives liées la délivrance des diplômes.

Plus récemment, c'est le critère du pouvoir de décision unilatérale qui va retenir l'attention. Là où la reconnaissance de ce pouvoir dans le chef d'un organisme était considérée comme suffisante, mais sans doute pas nécessaire,

7. Il serait évidemment fastidieux de rendre compte, dans les limites de ces observations, des nombreuses études relatives à la notion d'autorité administrative. On se référera utilement à la synthèse des principaux enseignements, questions et références utiles qu'a récemment proposée F. VANDENDRIESSCHE («De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en B.A.T.C. van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 2000, pp. 497-506).

8. *Ibid.*, pp. 497-499.

9. *Ibid.*, pp. 499-500.

pour emporter la qualité d'autorité administrative¹⁰, deux arrêts rendus par la Cour de cassation contraignent à se demander s'il ne faut pas y voir aujourd'hui une condition *sine qua non* de la qualification d'autorité administrative. Dans un arrêt GIMVINDUS du 14 février 1997, la Cour de cassation va souligner que «les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des Communautés et Régions, des provinces ou des communes, qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers; qu'une société anonyme, fût-elle créée par une autorité administrative et soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, ne perd pas son caractère de droit privé; que le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est, à cet égard, dénué de pertinence»¹¹. Une solution similaire sera retenue dans l'arrêt B.A.T.C. du 10 septembre 1999¹². Ces décisions n'ont pas manqué de retenir l'attention de la doctrine¹³, au sein de laquelle se sont toutefois élevées des voix discordantes, ou à tout le moins nuancées, quant à leur impact sur la définition de la notion d'autorité administrative. D'aucuns considèrent que la reconnaissance de la qualité d'autorité administrative est nécessairement liée à l'existence d'un pouvoir de décision obligatoire, quel que soit l'organisme concerné; d'autres, à l'opposé, estiment que la détention de cette prérogative ne serait exigée que des seules personnes revêtant une forme de droit privé et accomplissant une tâche d'intérêt général qui ne constitue pas une mission de service public¹⁴.

Il est peut-être encore prématuré de vouloir analyser rigoureusement les effets de cette jurisprudence GIMVINDUS-B.A.T.C. sur l'accueil que réserve le Conseil d'Etat aux recours dirigés contre les décisions d'organismes revêtant une forme de droit privé. Une telle appréciation est d'autant plus délicate qu'elle dépend de la portée que l'on reconnaîtra aux arrêts précités de la Cour de cassation. A cet égard, deux interprétations sont possibles: selon la

10. F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, p. 501 (à propos des arrêts E.G.T.A.).

11. Cass. (Ch. réunies), 14 février 1997, *Bull.*, 1997, pp. 233-236.

12. Cass. (Ch. réunies), 10 septembre 1999, *A.P.T.*, 1999, pp. 236 et s. (avec concl. de M. le Procureur général J.-M. PIRET). A noter que, dans cet arrêt, la Cour paraît lier étroitement le pouvoir de prendre des décisions obligatoires dont disposerait l'entité susceptible d'être qualifiée d'autorité administrative à l'exercice de la mission d'intérêt général à laquelle ressortit l'acte attaqué devant le Conseil d'Etat; faut-il en déduire que la reconnaissance de prérogatives exorbitantes de droit commun ne saurait suffire à entraîner la qualification d'autorité administrative si ces prérogatives sont étrangères à l'objet de la décision attaquée?

13. Outre l'étude déjà citée de F. VANDENDRIESSCHE, on relèvera les analyses de S. BAETEN, «Variaties op verzelfstandigingsthema's: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996», *C.D.P.K.*, 1999, pp. 83-106; F. DELOBBE, note sous Cass., 14 février 1997, *R.D.J.P.*, 1997, pp. 286-291; C. BERX, «Geen administratieve overheid zonder eenzijdig bindende beslissingsmacht», *Rec. Arr. Hof van Cass.*, 1998, pp. 281-286.

14. Une analyse de ces différentes interprétations est proposée par F. VANDENDRIESSCHE, *o.c.*, pp. 502-503.

première, ces arrêts devraient s'analyser comme élevant le pouvoir de décision unilatérale au rang d'exigence conditionnant nécessairement la qualité d'autorité administrative; en ce sens, le Conseil d'Etat a été considéré, par certaine doctrine¹⁵, comme se montrant peu réceptif à l'enseignement des arrêts GIMVINDUS et B.A.T.C. Selon une seconde interprétation, ces arrêts pourraient traduire, de manière plus générale, la volonté de la Cour de cassation de ne pas voir s'étendre la compétence du Conseil d'Etat à la mesure de la multiplication des formes dans lesquelles s'exerce l'action administrative. En ce sens, l'arrêt annoté s'inscrirait dans le prolongement de la ligne tracée par ces décisions, et cette tendance aurait même, depuis lors, été nettement confirmée dans un arrêt n° 93.289 du 13 février 2001 (DERIDDER c/INSTITUT SAINT-LUC), selon lequel ne peut être considéré comme autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat un établissement d'enseignement libre créé par des personnes privées qui en règlent le fonctionnement et pourraient, le cas échéant, en décider la suppression, établissement qui n'a aucun lien organique avec les pouvoirs publics¹⁶. A condition de pouvoir reconnaître dans cette décision la portée d'un arrêt de principe que les termes dans lesquels s'est exprimé le Conseil d'Etat incitent à y déceler ...¹⁷

LES FAITS, LA PROCÉDURE ET L'ARRÊT

Les responsables d'une A.S.B.L. active dans le domaine social, et plus particulièrement au travers de la gestion d'institutions d'aide aux jeunes en difficulté ainsi qu'aux personnes handicapées, envisagent de faire construire un pavillon dans le cadre d'une de ces institutions. A raison de l'assujettissement de cette A.S.B.L. à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services¹⁸,

15. *Ibid.*, pp. 505-506.
 16. Cf. R. VERSTEGEN, «De Raad van State is onbevoegd voor vrije onderwijsinstellingen», obs. sous C.E., n° 93.104, 6 février 2001, et C.E., n° 93.289, 6 février 2001, *R.W.*, 2000-2001, pp. 1388-1391; X. DELGRANGE, «Le Conseil d'Etat décline toute compétence à l'égard des établissements d'enseignement libre. Vers l'abandon du critère fonctionnel pour définir l'autorité administrative?», *R.R.D.*, 2000, pp. 528-542 (avec avis de M. l'Auditeur R. HENSENNE, précédant l'arrêt DESCHUTTER, pp. 526-528).
 17. Cet arrêt ne manque toutefois pas de susciter l'interrogation: on peut ainsi se demander si le Conseil d'Etat refuse de connaître de toute décision émanant d'un jury d'établissement d'enseignement libre (ce que permettent de penser les termes de l'arrêt) ou s'il ne faudrait pas lire cette décision à la lumière des faits qui avaient donné lieu au recours, et considérer avant tout que celui-ci était dirigé contre la décision d'un jury statuant sur le résultat scolaire au terme d'une année intermédiaire, décision dont l'incidence sur la délivrance d'un diplôme est indirecte (cf. à ce propos l'avis prononcé dans cette affaire par M. l'Auditeur R. HENSENNE, *l.c.*, pp. 526-528).
 18. *M.B.*, 22 janvier 1994. De nombreuses études ont été consacrées à la législation relative aux marchés publics telle qu'établie par la loi du 24 décembre 1993 et ses arrêtés d'application; sans prétendre à l'exhaustivité, on citera les ouvrages de D. BATSELÉ, Ph. FLAMME, et Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, 2^e éd., Bruxelles, 2001; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 2^e éd., Bruges, 1997; M.-A. FLAMME

l'entrepreneur auquel sera confiée la réalisation des travaux ne peut être choisi que conformément à cette législation. Une procédure d'adjudication restreinte est initiée à cette fin le 31 octobre 1997 et conduira à la désignation d'un entrepreneur le 6 janvier 1998.
 Un candidat malchanceux estimant que la procédure avait été entachée d'irrégularité, va poursuivre devant le Conseil d'Etat l'annulation de la décision d'attribution du marché; ce recours en annulation sera doublé d'une demande de suspension et d'astreinte.
 D'emblée, la partie adverse va soulever une exception d'irrecevabilité: à son estime, les décisions qu'elle adopte ne sont pas susceptibles d'annulation par le Conseil d'Etat, dès lors qu'elle n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Elle considère en effet qu'«elle est une association sans but lucratif créée à l'initiative de personnes privées» et que «la circonstance qu'elle soit tenue de respecter la réglementation relative aux marchés publics en raison des subsides qui lui sont attribués n'a pas pour effet d'en faire une autorité administrative»¹⁹.
 L'auditeur rapporteur va faire sienne cette thèse dont il tirera d'ailleurs parti pour considérer que le Conseil d'Etat n'est manifestement pas compétent; il limitera à l'examen de cette question son rapport sur la demande de suspension²⁰ et, en ce qui concerne la requête en annulation, déclenchera la procédure accélérée prévue à l'article 93 du règlement de procédure²¹.
 Manifestant moins d'empressement à déclarer irrecevable la requête en annulation, le Conseil d'Etat estime que la question de savoir si l'application de la loi du 24 décembre 1993 à certaines personnes de droit privé peut avoir pour effet de conférer à celles-ci la qualité d'autorité administrative, appelle une analyse soigneuse qui justifie l'examen de la requête dans le cadre de la procédure normale. Il ajoute que la réponse à cette question n'est pas nécessaire pour statuer sur la demande de suspension et rejette celle-ci, au motif que l'attribution du marché ayant déjà été notifiée, «l'acte attaqué a sorti ses pleins et entiers effets et [...] un éventuel arrêt de suspension ne saurait remettre en cause ni l'existence de ce contrat ni son exécution» et que,
 et coll., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., Bruxelles, 1996-1997; M.-A. et Ph. FLAMME, «La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics», *J.T.*, 1994, pp. 385-402; P. LEWALLE, «La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et les mesures d'exécution», *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Liège, 1997, pp. 13-134 (Faculté de droit de l'Université de Liège - Commission «Droit et vie des affaires»);
 19. Argumentation rapportée dans l'arrêt n° 72.900 du 1^{er} avril 1998 (rendu sur la demande de suspension).
 20. En vertu de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 février 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, l'auditeur peut, s'il estime la demande manifestement irrecevable ou manifestement non fondée, limiter son rapport à cette question.
 21. Pour une approche générale des procédures accélérées, on se référera utilement à l'aperçu qu'en donne Fr. JONGEN en introduisant son étude consacrée au «privilege du manifeste» («L'art. 94 du règlement de procédure devant le Conseil d'Etat, ou le privilege du manifeste», *A.P.T.*, 1995, pp. 174-175).

par conséquent, «la requérante est dépourvue d'intérêt à demander la suspension de l'exécution de l'acte attaqué»²².

Statuant ensuite au contentieux de l'annulation, le Conseil d'Etat va finalement – dans l'arrêt annoté – accueillir l'exception d'irrecevabilité et rejeter la requête.

Cette décision dans laquelle il estime ne pas être compétent, est motivée par un exposé en trois temps.

Le Conseil d'Etat expose avant tout l'argument avancé par la partie requérante selon lequel la partie adverse, à raison de son assujettissement à la législation relative aux marchés publics, s'est vu attribuer une «parcelle de l'autorité administrative», consistant notamment en son droit «d'apporter unilatéralement à l'entreprise initiale des modifications jugées indispensables dans l'intérêt général». Il note ensuite que l'organisme, constitué sous la forme d'une association de droit privé, ne paraît faire l'objet d'un quelconque pouvoir de direction ou de contrôle de la part d'une autorité publique et que la qualité d'autorité administrative, au sens de l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne peut, par conséquent, lui être reconnue. Le juge administratif ajoute enfin que la qualité de pouvoir adjudicateur qui s'attache à cet organisme «en raison des subsides qui lui sont attribués, n'a pas pour effet de [le] transformer en autorité administrative, ni de lui conférer une quelconque parcelle de la puissance publique».

Les éléments de cette motivation appellent quelques observations.

ANALYSE

C'est sur la base du seul critère organique que la qualité d'autorité administrative est ainsi déniée à l'organisme dont une décision d'attribution de marché faisait l'objet d'un recours en annulation. Le juge administratif prend appui sur deux (voire trois) considérations: l'association contre la décision de laquelle un recours est dirigé est «de droit privé» et il n'est pas allégué qu'elle «ferait l'objet d'un quelconque pouvoir de direction ou de contrôle de la part d'une autorité publique»; on ajoutera, sur la base d'un autre considérant, que l'A.S.B.L. «a été constituée [...] par diverses personnes privées».

On notera que ce n'est pas la «forme» de droit privé de l'association qui est mise en cause; en d'autres termes, la forme d'A.S.B.L. que peut revêtir un organisme n'est pas nécessairement exclusive de la qualité d'autorité administrative; en cela, le Conseil d'Etat ne paraît pas se démarquer de sa jurisprudence antérieure. Le caractère privé de l'A.S.B.L. lui semble légué par les personnes qui l'ont créée. Par ailleurs, non seulement cette association n'a pas été créée par des autorités publiques, mais elle ne paraît pas soumise – nous dit le Conseil d'Etat – à un quelconque pouvoir de direction ou de contrôle de la part de celles-ci. C'est donc d'un cumul de circonstances (création due à une initiative privée et indépendance à l'égard des pouvoirs publics) que le Conseil d'Etat va déduire son appréciation. Et comme s'il

22. C.E., n° 72.900, 1^{er} avril 1998.

fallait prévenir toute question suscitée par une conception étonnamment²³ restrictive de la notion d'autorité administrative, le juge administratif va assortir son argumentation de deux précisions tenant respectivement aux prérogatives dont jouit le pouvoir adjudicateur dans l'exécution du marché (A) et à la situation particulière à laquelle le subventionnement d'un organisme est susceptible de donner naissance (B).

(A) S'agissant de la tentative esquissée par la partie requérante pour tirer parti des prérogatives dont jouit le pouvoir adjudicateur dans l'exécution du marché, le Conseil d'Etat s'abstient d'en discuter la pertinence, pour n'y apporter qu'une réponse assez laconique. Suggère-t-il de la sorte que la radioscopie de l'organisme, à l'aide du seul critère organique, suffit à dénier la qualité d'autorité administrative, sans qu'il faille rechercher s'il jouit de prérogatives exorbitantes de droit commun²⁴? Faut-il plutôt considérer que le juge administratif se montre indifférent à l'égard de prérogatives exorbitantes de droit commun, dont la mise en œuvre ne pourrait donner lieu à un contentieux pour lequel il a reçu compétence²⁵? Pour éviter de se fourvoyer dans une interprétation nécessairement conjecturale, on se bornera à noter la réponse opposée à la partie requérante: «la circonstance que la partie adverse serait tenue de respecter la réglementation relative aux marchés publics [...] n'a pas pour effet [...] de lui conférer une quelconque parcelle de la puissance publique». Réponse brève et surprenante ...

La faculté reconnue à un pouvoir adjudicateur de modifier unilatéralement les termes d'un contrat scellé à la faveur d'un marché public s'analyse comme un dérogation au droit commun des conventions. On enseigne traditionnellement que cette dérogation est justifiée par la nature de l'intérêt que l'autorité publique est chargée de promouvoir, et des adaptations que la satisfaction de cet intérêt peut requérir²⁶; à ce titre, elle est considérée comme

23. Surprenante, en effet, au regard non seulement de l'approche fonctionnelle que paraissait traditionnellement privilégier le Conseil d'Etat, mais également de l'argumentation de la partie requérante qui invitait le juge administratif à se placer sur le terrain des prérogatives exorbitantes de droit commun.

24. Auquel cas le critère des prérogatives exorbitantes de droit commun longtemps considéré comme suffisant à entraîner la reconnaissance de la qualité d'autorité administrative se trouverait bradé au profit du critère organique qui, jusqu'alors, n'était pas considéré comme exclusif, ni absolument déterminant.

25. Le contentieux de l'exécution des marchés relève en effet de la compétence du juge judiciaire. S'imposerait-il de rapprocher cette interprétation de la question qu'inspirait l'arrêt B.A.T.C. rendu par la Cour de cassation (cf. ci-dessus, note 12): les prérogatives exorbitantes de droit commun sont-elles indissociables de la décision susceptible d'être déférée à la censure du Conseil d'Etat? Si une réponse affirmative doit être apportée à cette question, on comprendra que, dans l'arrêt annoté, le Conseil d'Etat soit resté indifférent à un argument tiré de prérogatives de puissance publique, dès lors que ces prérogatives ne trouveraient à s'exercer que dans le cadre de l'exécution du marché.

26. Sur l'ancrage de cette prérogative dans le caractère d'intérêt général des besoins pour la satisfaction desquels elle trouve à s'exercer, on consultera notamment D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private Samenwerking*, Bruges, 2001, n° 38, pp. 25-26 (Administratieve Rechtsbibliotheek – Bijzondere Reeks); S. BAETEN, P. DE BOCK, K. LEMMENS, K. LEUS et J. OLIVIER, «Enige bedenkingen omtrent het juridisch kader van de convenanten», *T. Gem.*, 2001, pp. 20-22.

une des prérogatives attachées à la puissance publique. Evidemment, l'extension à certaines catégories de personnes de droit privé du champ d'application de la législation sur les marchés publics a pour effet de rendre celle-ci applicable à des entités dont les commandes ne pourvoient pas nécessairement à la satisfaction de besoins d'intérêt général²⁷. Dans ce cas, la faculté de modification unilatérale paraîtra probablement bien éloignée des considérations qui en ont commandé l'introduction sous l'empire des législations précédentes. Il est donc sans doute légitime de se demander s'il était pertinent de reconnaître à tout pouvoir adjudicateur le bénéfice de cette faculté de modification unilatérale. Néanmoins, et compte tenu de l'application de l'arrêté royal du 26 septembre 1996²⁸ au marché passé par le pouvoir adjudicateur, il semble difficile de contester que l'article 7 de cet arrêté royal confère à tout pouvoir adjudicateur une prérogative de puissance publique. Soutenir une thèse opposée contraindrait à expliquer l'inexplicable: comment justifier, autrement que par la reconnaissance d'une prérogative de puissance publique, l'atteinte que porte cette faculté de modification à un principe fondamental des relations contractuelles²⁹?

En considérant que l'assujettissement à la législation sur les marchés publics n'a pas pour effet de conférer aux pouvoirs adjudicateurs une quelconque parcelle de la puissance publique, le Conseil d'Etat paraît ainsi se démarquer des enseignements traditionnels sur la puissance publique et les effets qui y sont attachés.

(B) Par ailleurs, le Conseil d'Etat va noter que l'assujettissement d'un organisme à la législation relative aux marchés publics, à raison des subsides dont il bénéficie, ne saurait impliquer nécessairement sa reconnaissance comme autorité administrative. Cet enseignement qui n'est assurément pas inédit³⁰ pourrait ne pas appeler d'observations particulières, tant il est vrai qu'il s'impose pour d'évidentes raisons: la notion d'«autorité administrative» en contentieux administratif belge a probablement une vocation moins

large que celle de «pouvoir adjudicateur» telle que l'ont envisagée les autorités européennes en adoptant les directives «marchés publics»³¹. On sait combien l'efficacité d'un droit communautaire des commandes publiques imposait de la rendre applicable à des entités apparemment étrangères aux pouvoirs publics «traditionnels», mais subissant de ceux-ci une certaine influence; c'est ainsi que sont visés les organismes de droit public, les entreprises publiques et les personnes de droit privé bénéficiant de droits exclusifs pour l'exercice de certaines activités³². Cette préoccupation a inspiré aux autorités européennes une définition assez large du champ d'application *ratione personae* des directives, qui, à première vue, ne coïncide pas nécessairement avec notre notion d'autorité administrative. On peut toutefois se demander si, en certaines circonstances, le subventionnement d'un organisme assujetti à cette législation sur les marchés publics ne va pas avoir pour effet de soumettre celui-ci à un pouvoir de contrôle des autorités publiques, qui conduirait à le considérer comme autorité administrative. Cette question sera brièvement abordée dans la dernière partie de ce commentaire.

QUESTIONS

LES A.S.B.L. PROCHES DES POUVOIRS PUBLICS SONT-ELLES DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES?

La question n'est pas neuve; l'enjeu n'en est pas pour autant dépourvu d'intérêt à une époque où l'étendue du domaine de compétence du Conseil d'Etat doit être mesurée à l'aune du phénomène de décloisonnement de l'Administration. Notre propos ne prétend certainement pas, dans les limites de ce commentaire, répondre à toutes les questions qui font débat; tout au plus s'agit-il d'y verser quelques éléments de réflexion.

La jurisprudence du Conseil d'Etat dans le domaine qui nous intéresse ne paraît pas tout à fait homogène. Pour déconcertantes qu'elles puissent paraître au premier abord, certaines disparités incitent à rappeler que, en scrutant le paysage administratif, et notamment celui de nos communes, l'observateur est frappé par un paradoxe: les A.S.B.L. qui y sont rencontrées présentent toutes des traits communs: elles participent à la conduite d'actions d'intérêt général et affichent une certaine dépendance à l'égard des pouvoirs publics, notamment en ce qui concerne leur financement par le biais de subventions. Nonobstant ces similitudes, ces A.S.B.L. révèlent des différences fondamentales qui conduisent à les regrouper en deux catégories. Les unes, créées par les organes d'autorités administratives et gérées sous le contrôle de celles-ci, apparaissent comme un véritable prolongement de l'Administration

27. En déterminant le champ d'application *ratione personae* des directives «Marchés publics», les autorités européennes se sont davantage montrées sensibles au profil des entités concernées qu'à la nature des besoins qu'elles cherchent à satisfaire au travers de leurs commandes; cette perspective a été rappelée dans l'arrêt MANNESMANN (C.J.C.E., 15 janvier 1998, C-44/96, *Rec. C.J.C.E.*, pp. 1-77 et p.) à l'occasion duquel la Cour de justice a considéré qu'un organisme de droit public qui accomplit une mission en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général et qui, outre cette mission, exerce des activités commerciales, est soumis aux directives «Marchés publics» pour l'ensemble de ses commandes, même si celles-ci ont trait à l'exercice des activités commerciales (cf. D. DE ROY, «La notion d'«entreprise publique» dans la législation relative aux marchés publics», *Entr. et dr.*, 2001, p. 18).

28. Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (*M.B.*, 18 octobre 1996).

29. Principe déduit de l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions ne peuvent être modifiées que du consentement mutuel des parties (cf., à ce propos, A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 15^e éd., Anvers, Kluwer, 1999, pp. 138-140).

30. Le Conseil d'Etat s'était déjà exprimé en termes similaires dans un arrêt rendu par la VI^e Chambre, le 10 mars 1999 (arrêt n° 79.192, S.A. I.P. BELGIUM c/A.S.B.L. TELE BRUXELLES).

31. Sur ce que ces deux notions ne peuvent être assimilées, on aura égard aux considérations émises par M. le Premier auditeur DEROUAUX dans l'avis précédant la décision commentée (*l.c.*, not. p. 159).

32. D. DE ROY, «L'application du droit des marchés publics aux A.S.B.L. subventionnées» ..., pp. 225-226.

(*verlengstuk*); les autres, nées d'initiatives privées et gérées par des personnes privées, sont associées à l'action administrative, en participant, sans toutefois être dénaturées, à la conduite d'actions d'intérêt général en concertation avec les autorités. Au vu de quelques décisions dans lesquelles le Conseil d'Etat se prononce sur la qualité d'autorité administrative qu'il y a lieu (ou non) de reconnaître à certaines personnes morales constituées selon un modèle de droit privé (A.S.B.L. ou société commerciale), on pourrait se demander si le juge administratif ne reconnaît pas la qualité d'autorité administrative aux A.S.B.L. relevant de la première catégorie³³, tandis qu'il la dénierait aux autres³⁴. Hasard de solutions ponctuelles³⁵ ou tendance jurisprudentielle significative? Quelle que soit la valeur que l'on s'accordera à reconnaître à un sondage – par définition, aléatoire – dans la jurisprudence du Conseil d'Etat³⁶, un traitement différencié de ces deux catégories d'A.S.B.L. pourrait rencontrer les distinctions fondamentales qui les caractérisent.

L'A.S.B.L. émanant des pouvoirs publics est généralement constituée pour répondre à des préoccupations de souplesse ou d'efficacité dans la gestion de certaines politiques. Elle permet, le cas échéant, de tenter l'expérience de partenariats avec d'autres acteurs publics, voire même, privés. Il serait cependant regrettable que, sous le couvert de motivations aussi légitimes, la création de telles A.S.B.L. offre aux autorités «une voie d'évasion administrative»³⁷. Il leur serait ainsi permis de faire échapper une part de l'action administrative aux mécanismes qui la régissent, mécanismes conçus pour assurer le respect de la légalité et de l'intérêt général, ainsi que pour offrir d'évidentes garanties aux administrés³⁸.

Au contraire, les A.S.B.L. nées d'initiatives privées n'apparaissent pas comme un prolongement (ou démembrement) de l'Administration: tout au plus, sont-elles associées à celle-ci, par le biais de techniques caractérisées par un dosage entre initiative privée et maîtrise publique d'enjeux d'intérêt

général³⁹. Leur imposer toutes les contraintes de droit public (déduites de la qualité d'autorité administrative dont elles seraient affublées) conduirait à les dénaturer et à compromettre une pratique bien établie notamment au niveau communal, consistant à associer le secteur privé (particulièrement non marchand) à la concrétisation d'objectifs d'intérêt général.

S'il y avait lieu d'analyser la jurisprudence du Conseil d'Etat comme reflétant le souci de maintenir la distinction entre ces deux catégories d'A.S.B.L. et le refus de les assimiler, on pourrait alors saluer cette conception comme réalisant la difficile équation entre le maintien, au bénéfice du citoyen, de garanties qu'un démembrement de l'Administration pourrait mettre en péril, et le souci de ne pas dénaturer un mode d'action administrative dans lequel il est fait appel au «monde associatif» dont on connaît le rôle majeur dans l'environnement communal.

Ce classement des A.S.B.L. proches des pouvoirs publics apparaîtra probablement aux yeux de certains comme caricatural, car la pratique s'accommode sans doute difficilement d'un tel *distinguo*, là où la relation entre autorités administratives et A.S.B.L. satellites peut revêtir une multitude de formes que seules quelques nuances parfois à peine perceptibles permettent de distinguer. La suite de ce commentaire nous surprendra d'ailleurs à nous démarquer de cette approche quelque peu simpliste.

Néanmoins, cette répartition bipartite conditionne inévitablement l'approche des aspects que recouvre l'étude de ces A.S.B.L. satellites. Au regard d'une éventuelle qualification d'autorité administrative, et des effets qui y sont attachés, les catégories d'A.S.B.L. gagnent sans doute à être distinguées au regard des circonstances dans lesquelles elles interviennent dans l'action des autorités administratives. Par contre, l'analyse du rôle qu'elles jouent concrètement et des rapports qu'elles entretiennent avec les autorités publiques amènera nécessairement à les considérer globalement. Cette contradiction apparente entre nécessaire distinction et inévitable confusion doit être surmontée en ne limitant pas l'étude de ces A.S.B.L. satellites des pouvoirs publics à leur seule radioscopie à la lumière de concepts du contentieux administratif, mais en appréhendant plus globalement leur intervention comme un mode de l'action administrative, dont l'étude, aujourd'hui, se décline à l'aide de concepts de *verzelfstanding* ou de «partenariats public-privé», concepts flous, mais qui suggèrent combien le cadre dans lequel s'inscrivent aujourd'hui les institutions communales répond sans doute moins aux règles de la géométrie qu'à certaines techniques de l'art pictural: le *sfumato* n'offre-t-il finalement pas le seul moyen de figurer cet environnement?

33. C.E. (VI^e Ch.), n° 85.245, 9 février 2000, DAMOISEAU (pour une société coopérative active dans le secteur du logement); C.E. (XII^e Ch.), n° 79.954, 27 avril 1999, B.V.B.A. ARTABEL, (pour une A.S.B.L. chargée de l'exploitation d'un domaine touristique et récréatif). Cette dernière décision est publiée (avec des extraits du rapport de M. le Premier auditeur J. STEVENS) dans *Entr. et dr.*, 2001, pp. 161-186.

34. C.E. (Ass. gén.), n° 93.289, 13 février 2001, DESCHUTTER (établissement d'enseignement libre); C.E. (VI^e Ch.), n° 45.816, 8 décembre 1993, S.P.R.L. ACKERMANS (pouvoir organisateur d'une école libre); C.E. (III^e Ch.), n° 28.016, 27 mai 1987, S.A. DANHEUX ET MAROYE (A.S.B.L. de gestion d'un centre scolaire de l'enseignement libre).

35. Il est possible que ces solutions contraires tiennent non pas – comme nous allons pourtant le suggérer – à la reconnaissance de deux catégories d'A.S.B.L. satellites des pouvoirs publics, mais simplement à des approches différentes auxquelles le Conseil d'Etat soumet ces A.S.B.L. dans la reconnaissance ou la dénégation de la qualité d'autorité administrative.

36. Encore faut-il s'accorder à reconnaître dans les quelques décisions citées aux notes précédentes la valeur de résultat d'un sondage!

37. P. LEWALLE, «Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs des pouvoirs publics?» ..., p. 282.

38. D. DE ROY, «L'application du droit des marchés publics aux A.S.B.L. subventionnées» ..., pp. 228-229.

39. Sur l'association d'A.S.B.L. à la gestion de services publics, cf. M. HERBIET, «Les A.S.B.L. et la gestion privée des services publics», in *Les A.S.B.L. Evaluation critique d'un succès* ..., pp. 301-340.

L'arrêt CONSTRUCTION ARTISANALE fait-il définitivement obstacle à ce que la qualité d'autorité administrative découle de celle de pouvoir adjudicateur? La question mérite d'être brièvement abordée.

Les organismes de droit privé bénéficiant de subventions peuvent être assujettis à la législation relative aux marchés publics au titre de deux dispositions différentes de la loi du 24 décembre 1993. Examinons successivement chacune des deux hypothèses ainsi visées.

- Aux termes de l'article 4, § 2, 8°, la législation est applicable: *«aux personnes qui, à la date de la décision de lancer un marché:*
 - *ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et*
 - *sont dotées d'une personnalité juridique, et*
 - *dont*** soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au § 1^{er} et au § 2, 1° à 8°;*
 - * soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;*
 - * soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes.*
- Cette disposition ne s'applique pas aux personnes de droit privé visées au § 4 du présent article»*

Dans ce cas, l'organisme sera assujetti à cette législation principalement à raison d'une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics⁴⁰ (critère organique) et d'une vocation à la satisfaction de besoins d'intérêt général (critère fonctionnel).

- L'article 4, § 4, de cette même loi dispose: *«Le Roi peut rendre les dispositions de la présente loi ou certaines d'entre elles applicables aux marchés de travaux, de fournitures et de services subventionnés par les personnes morales visées au § 1^{er} et au § 2 et passés par des personnes de droit privé».*

Le Roi a fait usage de cette habilitation, à l'article 1^{er}, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

Il y est précisé que: *«sont soumis à la loi et aux règles de la présente section les marchés de travaux des personnes de droit privé dont le montant estimé est égal ou supérieur au montant prévu au § 3 et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs visés au § 1^{er}. Ces travaux doivent toutefois concerner des activités figurant dans la classe 50, groupe 502 de la nomen-*

40. Dépendance concrétisée par un financement auquel d'importantes subventions confèrent un caractère majoritairement public.

clature visée à l'annexe 1 de la loi, ou porter sur des travaux de bâtiments relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs, de loisirs, aux bâtiments scolaires, universitaires ou à usage administratif».

En vertu de la même habilitation, le Roi a également rendu applicable la législation à certains catégories de marchés de services de ces personnes de droit privé: l'article 53, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité dispose en effet que:

«Sont soumis à la loi et aux règles de la présente section, les marchés de services des personnes de droit privé dont le montant estimé hors taxe sur la valeur ajoutée, est égal ou supérieur à 8 millions de francs et qui sont subventionnés directement à plus de cinquante p.c. par des pouvoirs adjudicateurs visés au § 1^{er}. Ces services doivent toutefois concerner des marchés de travaux subventionnés au sens de l'article 1^{er}, § 2, du présent arrêté».

Dans cette seconde hypothèse d'assujettissement à la législation relative aux marchés publics, l'obligation incombant à l'organisme de respecter la législation sur les marchés publics découlera de la subvention octroyée spécifiquement pour une commande de travaux, sans qu'il y ait lieu d'être attentif ni à un éventuel lien de dépendance de cet organisme à l'égard des pouvoirs publics, ni à sa vocation spécifique.

La comparaison entre ces deux cas de figure inspire une réflexion particulière dans le débat qui nous occupe. La qualité de pouvoir adjudicateur provoquée par une subvention spécifique (hypothèse visée à l'art. 4, § 4) ne saurait, à elle seule, entraîner la reconnaissance comme autorité administrative; sur ce point, on rejoindra sans hésitation la thèse consacrée par le Conseil d'Etat dans la décision annotée⁴¹. En revanche, si l'organisme est assujetti à la législation sur les marchés publics notamment à raison d'une dépendance à l'égard des pouvoirs publics que révéleraient ses sources de financement (hypothèse visée à l'art. 4, § 2, 8°), la même solution ne nous paraît pas s'imposer avec la force de l'évidence.

C'est à ce stade qu'il s'indique de rappeler que l'octroi et l'emploi de subventions publiques (qui, le cas échéant, assureraient la majeure partie du financement) fait peser sur les organismes bénéficiaires des contrôles permettant aux pouvoirs subsidiaires de s'assurer de ce que les aides octroyées ont bien été utilisées pour les fins auxquelles elles étaient destinées. Sans s'attarder ici sur ces contrôles dont l'emploi des subventions est généralement assorti⁴² et qui, dans leur forme la plus rudimentaire⁴³ se traduisent par une

41. Il ressort d'ailleurs du rapport de M. le Premier auditeur DEROUAUX que l'A.S.B.L. contre la décision de laquelle le recours avait été dirigé n'était assujettie à la législation sur les marchés publics qu'en vertu de l'article 4, § 4, de la loi du 24 décembre 1993.

42. Pour rappel, ces contrôles sont notamment régis par les articles 55 à 58 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat (pour ce qui concerne les subventions accordées par l'Etat, les Communautés et les Régions), ainsi que par la loi du 14 novembre 1983 relative au contrôle de l'octroi et de l'emploi de certaines subventions (pour les subventions octroyées par les provinces, les communes et autres institutions «satellites» visées à l'art. 1^{er} de cette loi).

43. Contrôle de la comptabilité de l'organisme (pour les subventions de fonctionnement) ou des pièces comptables relatives à l'activité soutenue (pour les subventions spécifiques).

vérification des pièces justificatives de l'utilisation de ces aides, et ne sauraient impliquer une mainmise des pouvoirs publics sur l'activité de ces organismes, on rappellera cependant que l'octroi d'importantes subventions de fonctionnement va parfois de paire avec l'installation d'un comité d'accompagnement (ou comité de projet) constitué de représentants du (ou des) pouvoir(s) subsidiant(s) et investi de pouvoirs considérables⁴⁴: il arrive ainsi que cette structure soit habilitée à dépasser les limites strictes d'un contrôle comptable de l'emploi des subventions et que – invitée à porter une appréciation en opportunité sur les actions menées par l'organisme subventionné – elle en conditionne le fonctionnement. Sans nécessairement se fondre dans les organes de l'entité, le comité d'accompagnement se voit ainsi reconnaître la possibilité d'orienter, en fonction de considérations qui ont motivé le subventionnement, certaines décisions prises par les responsables de ces organismes. On est tenté de détecter un important pouvoir de contrainte sur les activités et le fonctionnement des organismes subventionnés. S'il est exercé efficacement, il créera une situation qui n'est sans doute pas fondamentalement différente de celle qui prévaut lorsque les autorités subventionnées exercent le pouvoir de direction au sein de l'entité concernée. L'aspect organique que peut recouvrir le contrôle d'une entité par les pouvoirs publics (dans la distribution des charges de direction) et sur lequel le Conseil d'Etat paraît s'appuyer dans la décision commentée est ainsi concurrencé par une dimension plus fonctionnelle: le contrôle s'entend ainsi de diverses procédures qui peuvent orienter l'activité de l'organisme (visa préalable, avis conforme, autorisation, ...). A cet égard, il n'est pas indifférent de relever que la Cour de justice des Communautés européennes récemment invitée à se prononcer sur la notion de «contrôle» que les directives «Marchés publics» retiennent au nombre des indices révélateurs d'une dépendance de certaines entités à l'égard des pouvoirs publics, s'est montrée favorable à une acception qui n'implique pas la reconnaissance d'un pouvoir d'interférence dans la prise de décision, mais simplement que leur activité soit étroitement encadrée et leur gestion orientée de manière significative⁴⁵. Quelle que soit la pertinence du recours à la jurisprudence communautaire pour éclairer une notion-clé du système de contentieux administratif belge⁴⁶, on ne peut tout à fait passer sous silence cette conception moins restrictive du contrôle exercé par les autorités publiques.

44. Telles en sont à tout le moins les ambitions, suggérées à la lecture des décisions d'octroi des subventions. L'expérience amène cependant parfois à déchanter: la Cour des comptes a ainsi pu souligner certaines carences dans le fonctionnement de ces comités d'accompagnement; cf., à ce propos, le 155^e *Cahier d'observations* (10^e *Cahier d'observations adressé au Parlement wallon*), fasc. 1^{er}, pp. 57-58 (*Doc. Parl. Wall.*, 425, 1998-1999, n° 1).

45. C.J.C.E., 1^{er} février 2001, C-237/99, avec concl. de M. l'Avocat général J. MISCHO. La Cour adopte une thèse s'inspirant largement de l'analyse de la notion de contrôle développée par l'Avocat général dans ses conclusions.

46. Dans l'arrêt rendu le 1^{er} février 2001, la Cour de justice interprétait la notion de pouvoir adjudicateur au sens des directives «Marchés publics», notion dont on a dit précédemment qu'elle était sans doute plus large que celle d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Sur la base des données qui précèdent, on pourrait donc se demander si, dans certains cas, l'organisme subventionné ne fait pas «l'objet d'un quelconque pouvoir de [...] contrôle de la part d'une autorité publique»⁴⁷ qui inciterait à le qualifier d'autorité administrative. Cette question à laquelle le Conseil d'Etat paraît apporter une réponse péremptoire ne reste-t-elle pas ouverte?

CONCLUSION

A plusieurs reprises, la Cour de cassation a été amenée à assigner au pouvoir d'annulation du Conseil d'Etat certaines limites que l'actuel phénomène de dissémination de l'Administration n'autorise pas à dépasser⁴⁸. Dans l'arrêt *CONSTRUCTION ARTISANALE*, le Conseil d'Etat va lui-même contribuer à baliser son propre champ d'intervention: même associées à l'action des pouvoirs publics et impliquées dans des enjeux dans lesquels l'intérêt général trouve à s'identifier, les A.S.B.L. créées et animées par des personnes privées ne sauraient être qualifiées d'autorités administratives, malgré leur assujettissement à la législation relative aux marchés publics.

A la lecture de l'avis rendu par M. le Premier auditeur DEROUAUX, la solution retenue par le Conseil d'Etat paraissait s'imposer⁴⁹. Se laissant peut-être convaincre de trouver en cette décision un enseignement assez précis, le lecteur ne perdra pas pour autant de vue les questions qu'elle suscite et les incertitudes qu'elle génère: quelle valeur reconnaître – au regard de la notion de «puissance publique» – aux prérogatives que la législation sur les marchés publics accorde à tout pouvoir adjudicateur? Comment définir le «contrôle» auquel un organisme est soumis et qui contribuerait à le qualifier d'autorité administrative? Ces questions revêtent un intérêt évident à raison d'une circonstance particulière dont nous écrivions – en introduction à ce commentaire – qu'elle pouvait contribuer à insuffler au débat sur la notion d'autorité administrative une vitalité nouvelle: la mise en œuvre d'une législation sur les marchés publics, que ses artisans ont voulue ambitieuse.

Pour le reste, si des considérations d'ordre juridictionnel conduisent à définir des catégories nettement distinctes d'A.S.B.L. (au regard de la qualité d'autorité administrative, reconnue ou non), soumises à des régimes spécifiques, par contre, une approche descriptive de ces satellites des pouvoirs

47. Pour reprendre les termes dans lesquels le Conseil d'Etat s'exprime dans l'arrêt annoté.

48. La référence plus générale à ce phénomène de dissémination nous paraît importante parce que la question de la reconnaissance de la qualité d'autorité administrative à certaines A.S.B.L. qui se pose également à l'égard d'autres entités issues de ce «décloisonnement» de l'Administration; nous songeons tout particulièrement aux filiales d'entreprises publiques. Cf. à ce propos D. DE ROY, «Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation sur les marchés publics. Une première approche...», *Entr. et dr.*, 2001, pp. 231-250; P. NIHOUL, «La notion d'autorité administrative: retour à l'orthodoxie», *Rapport préc. C.E. (VI^e Ch.)*, n° 90.286, 18 octobre 2000, *A.P.T.*, 2001, pp. 78-85.

49. Puisque l'assujettissement de l'A.S.B.L. à la législation sur les marchés publics reposait sur l'article 4, § 4, de la loi du 24 décembre 1993, dont on a vu qu'il ne réglait pas le sort d'entités à coloration publique.

publics doit nécessairement être globale, dépassant toute conception manichéenne et considérant leurs diverses formes comme autant de nuances que peut révéler ce mode d'action administrative.